

DIRIGEANTS EN ESPAGNE : UN MANDAT SOCIAL A RISQUES

Assumer les fonctions de direction et d'administration d'une société constituée (ou devrait constituer) une décision importante et mûrement réfléchie pour l'entrepreneur ou le dirigeant qui, de par l'acceptation de sa nomination comme mandataire social, devient débiteur d'une obligation de gestion diligente, indépendante et informée d'une société, elle-même sujet de droits et d'obligations envers ses actionnaires, ses clients, ses employés et ses partenaires commerciaux. Cependant, notre pratique professionnelle nous a amené à constater que dans la « vie réelle des affaires », ces désignations comme représentant légal d'une société, conséquences logiques d'un investissement financier, d'une volonté de garder le contrôle sur une filiale, ou de politiques de groupes, sont souvent prises sans que ni l'individu concerné, ni la société dont il fait partie n'en ait mesuré les possibles et lourdes conséquences.

En Espagne, et compte tenu du régime adopté lors de la réforme de la loi des sociétés de 1989, qui a provoqué un durcissement drastique du régime de responsabilité des mandataires sociaux, la décision d'accepter un mandat social doit répondre à une réalité d'implication dans la société dirigée, et doit s'exercer avec une diligence accrue afin d'éviter la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants sur leur patrimoine personnel, qui est automatique une fois que certaines circonstances factuelles sont réunies. Toutefois, nous sommes souvent en présence de cas de figure dans lesquels les entreprises ou les particuliers français développant leur activité en Espagne assument des fonctions de mandataire social alors qu'il n'exercent aucune activité réelle d'administration et de gestion sur la société dont ils sont dirigeants.

Souvent, l'éloignement physique du mandataire social, resté en France, correspond à une gestion sporadique et peu réelle, dont les conséquences peuvent se révéler désastreuses pour lui.

Jusqu'à une période relativement récente, la prospérité économique dont bénéficiait l'Espagne avait contribué à masquer l'ampleur des conséquences de la réforme de 1989 sur le régime de responsabilité des dirigeants de sociétés espagnoles. Depuis 2007, provoquée par les difficultés économiques persistantes de l'Espagne qui ont sensiblement accru le nombre de sociétés ayant de graves problèmes de trésorerie, d'équilibre de fonds propres ou de solvabilité, la mise en jeu de la responsabilité personnelle des dirigeants de société intervient de plus en plus fréquemment, et souvent avec des conséquences dramatiques.

De plus, la similarité des règles du droit des sociétés en Espagne et en France contribue à la confusion, et crée chez les dirigeants français une confiance trompeuse. En effet, si les règles sont voisines, leurs conséquences pratiques sont beaucoup plus drastiques en Espagne qu'en France.

L'exemple le plus significatif de cet état de fait est certainement la règle selon laquelle la diminution des fonds propres à un niveau inférieur à celui de la moitié du capital social est une cause de dissolution de la société. Cette règle semble à première vue identique en Espagne et en France.

Cependant, en Espagne, une fois que les dirigeants ont ou auraient du s'ils avaient été diligents avoir connaissance de la situation de sous-capitalisation de la société (soit lors de l'établissement de situations comptables mensuelles ou trimestrielles, ou au moment de l'établissement des comptes annuels – même avant l'élaboration de ceux-ci), ils doivent convoquer dans un délai de deux mois une assemblée générale avec comme ordre du jour la dissolution ou la recapitalisation de la société. Dans le cas où l'assemblée générale ne prendrait pas de décision de dissolution ou de recapitalisation, les administrateurs devraient alors dans un nouveau délai de deux mois à partir de la date de cette assemblée générale solliciter la dissolution judiciaire de la société.

En France, le délai dont disposent les dirigeants pour convoquer l'assemblée générale qui décidera de la dissolution de la société ou de la poursuite de son activité est de quatre mois à partir de l'approbation des comptes sociaux (et non à partir de situations comptables mensuelles ou trimestrielles). La règle en elle-même est de ce fait plus clémente.

Mais c'est surtout au niveau des conséquences de la règle que la sévérité extrême du régime espagnol se manifeste. En effet, la non exécution par les dirigeants de leur obligation de convocation de l'assemblée générale dans les délais impartis par la loi, ou de leur obligation de sollicitation de la dissolution judiciaire, entraîne **de manière automatique leur responsabilité personnelle sur leur patrimoine, solidaire à celle de la société, et qui peut être mise en jeu par tout intéressé (soit l'ensemble des créanciers de la société), même dans les cas où la société, malgré sa situation de sous capitalisation, est encore solvable.** Pour leur part, les dirigeants de sociétés françaises n'ayant pas convoqué dans les délais sont passibles de sanctions pénales consistant en une amende d'un montant maximal de 4.500 € et d'une peine d'emprisonnement maximale de six mois. Malgré le fait que la qualification pénale soit, à première vue, plus traumatique, elle est en pratique plus clémente, car l'emprisonnement n'est pratiquement jamais demandé par les tribunaux, et les conséquences financières, limitées à 4.500 €, sont sans aucune mesure avec celles que peut générer une responsabilité solidaire sur les dettes de la société, qui s'exerce sur le patrimoine personnel des dirigeants.

Pour résumer la situation et ses conséquences, il suffit de dire que **tout créancier de la société espagnole peut, à partir de l'expiration du délai de convocation de l'assemblée générale devant décider de la dissolution ou de la recapitalisation de ladite société ou, si une telle assemblée a eu lieu sans qu'il ne soit décidé ni de la dissolution ni de la recapitalisation, à partir de l'expiration du délai de sollicitation de dissolution judiciaire, demander en justice au dirigeant de société espagnole le paiement des dettes de la société (que celles-ci soient contractuelles ou extra-contractuelles), dans la mesure où celles-ci sont nées postérieurement à l'apparition de la situation de sous-capitalisation de la société. Le dirigeant devra rembourser ces dettes sur son patrimoine personnel, que celui-ci soit actuel ou futur.** Il existe en plus une présomption de postériorité de l'apparition de ces dettes, et de ce fait la charge de la preuve du fait que les dettes étaient antérieures reposera sur les dirigeants mis en cause.

Cette responsabilité automatique et personnelle est aussi déclenchée par d'autres situations qui génèrent l'obligation par le dirigeant de promouvoir la dissolution ou la recapitalisation de la société, et qui sont les suivantes : la réalisation de l'objet social, lorsque celui-ci consistait un projet concret, spécial et déterminé, l'impossibilité manifeste de réaliser l'objet social, **l'absence d'activité de la**

société durant trois exercices consécutifs et la paralysie des organes sociaux. Autant les deux premiers cas de figure se manifestent rarement en pratique, autant les deux derniers sont plus courants. En particulier, notre expérience nous a permis d'assister à de fréquents cas de paralysie de la société, surtout lorsque l'on se retrouve en présence de sociétés de type joint-venture où le capital est détenu à 50/50 par deux associés, qui ont mis en place des organes d'administration bicéphales, où chacun d'entre eux possède ses représentants. L'inaction des dirigeants (qui n'ont pas, comme la loi leur en fait l'obligation, convoqué l'assemblée générale ou qui n'ont pas, face à l'absence de décision de cette dernière, sollicité en justice la dissolution de la société) face à l'apparition d'une de ces situations factuelles sera sanctionnée par la mise en jeu de leur responsabilité automatique, solidaire et personnelle. Il n'est également pas inhabituel qu'une société n'ait pas d'activité pendant plusieurs exercices, et que ses dirigeants et actionnaires, par inertie, la laissent exister sans prendre en compte les possibles responsabilités qui peuvent être générées par cette situation.

Le **même type de responsabilité** des dirigeants existe dans le domaine des procédures collectives, lorsque ces derniers n'ont **pas déclaré en justice la situation de cessation des paiements de la société dans un délai de deux mois à partir du moment où ils ont eu connaissance, ou du moment où ils auraient du avoir connaissance, de l'insolvabilité de la société s'ils avaient été diligents dans l'administration de la société.** La non déclaration de la cessation de paiements dans les délais légaux génère également une présomption de « procédure collective fautive » (le dirigeant est présumé être coupable d'une attitude dolosive ou d'une faute grave qui a provoqué ou aggravé la situation d'insolvabilité de la société).

Par ailleurs, en droit espagnol des procédures collectives, même dans le cas où le dirigeant a déclaré la cessation des paiements de l'entreprise dans les délais légaux, il n'est pas libéré de manière automatique d'une possible responsabilité. En effet la procédure collective sera qualifiée de « fautive » lorsque la société elle-même ou ses représentants légaux et dirigeants de droit ou de fait ont généré ou aggravé l'état d'insolvabilité de par leur attitude dolosive ou gravement fautive.

La qualification de la procédure collective comme fautive entraînera la responsabilité solidaire des dirigeants envers les tiers, pour le montant des dettes de la société, existantes au jour de l'ouverture de la procédure collective. Cette qualification est automatique dans des cas limitativement énumérés par la loi (comme la non transparence de la comptabilité ou le non respect des principes comptables, la présentation de documents faux ou inexacts dans le cadre de la procédure collective, l'organisation par le débiteur de son insolvabilité dans un délai de deux ans avant l'ouverture de la procédure collective, etc) et présumée dans des cas limitativement énumérés par la loi incluant notamment la déclaration de cessation des paiements après l'expiration de deux mois, la non collaboration avec les organes de la procédure collective, ou la non tenue de la comptabilité par le dirigeant.

Là encore, la sévérité du régime espagnol par rapport au régime français, qui laisse aux juges décider de l'opportunité d'une action en comblement de passif ou en obligation aux dettes sociales contre les dirigeants de la société en procédure collective (en pratique, elle n'est exercée que dans environ 5% des procédures collectives) est patente. L'appréciation souveraine des juges français conduit souvent ces derniers à la prudence dans la condamnation du dirigeants, et ses effets sont totalement différents de ceux de l'application automatique de la qualification de gestion fautive ayant lieu en Espagne.

Par conséquent, la même fonction, apparemment régie par des règles presque identiques, peut se révéler avoir des conséquences fondamentalement différentes selon si elle est exercée en France ou en

Espagne. Au vu du caractère drastique de la responsabilité des dirigeants de sociétés espagnoles, on ne saurait trop recommander aux dirigeants de n'assumer des fonctions d'administration dans des sociétés espagnoles que dans la mesure où ces fonctions vont s'accompagner d'une implication réelle et quotidienne dans la gestion de la société espagnole. Dans le cas où cette implication est réelle et quotidienne, il est fondamental de souligner l'importance de la connaissance par les administrateurs des règles de responsabilité qui leur sont applicables en Espagne, afin qu'ils soient à même d'organiser leur gestion de manière à pouvoir anticiper les cas de responsabilité automatique, et les éviter grâce à une gestion attentive et avertie.